Sygn. akt: KIO 890/17

WYROK
z dnia 19 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2017 r. przez wykonawcę B. G. T. P., (…) w postępowaniu prowadzonym przez Z. D. W. w G., (…)

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: B. G. T. P., (…) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: B. G. T. P., (…) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 890/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Z. D. W. w G., (…) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia prac projektowych i robót związanych z realizacją zadania: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku G. - węzeł autostrady S.” - nr ref. (…).

Ogłoszenie o powyższym zamówieniu zostało dokonane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 10 grudnia 2016 r. pod numerem 2016/S 239-435659.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2017 r., przesłanym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, Zamawiający zawiadomił Odwołującego: B. G. T. P., (…) o wykluczeniu go z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 maja 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podnosząc niezgodność z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwaną dalej ustawą Pzp, czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na skutek naruszenia:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przygotowania i o w przeprowadzenia postępowania udzielenie zamówienia sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, iż w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności zawodowej) Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich;

3) art. 22a ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności zawodowej) Odwołujący nie może polegać na zdolności zawodowej podmiotów trzecich, pomimo tego, iż Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich, a podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że w toku czynności Zamawiający podjął wobec niego procedurę zmierzającą do uzupełnienia oferty w zakresie złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

Zwrócił uwagę, że na zasadzie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności zawodowej (pkt 7.6.1 Instrukcji dla Wykonawców), Odwołujący polega na zasobach innych podmiotów, tj.: Z. C. K. „E. I." Sp. z o. o. (warunek wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy budowie lub przebudowie dróg klasy min. Z* o łącznej długości co najmniej 5 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny) oraz B. O. P. i P. I. K. „L." M. D. (warunek wykonania 2 dokumentacji projektowych składających się z projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy lub przebudowy drogi klasy Z* lub wyższej o łącznej długości min. 5 km).

Stwierdził również, że z treści jego oferty wynika, że ww. podmioty, na zasobach, których Odwołujący polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wezmą udział w realizacji zamówienia jako podwykonawcy (Cześć II Sekcja D JEDZ).

Zauważył również, że pismem z dnia 20 kwietnia 2017 r., przesłanym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, a w uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że treść zobowiązań podmiotów trzecich, na zasobach których Odwołujący opiera się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie potwierdza, że ww. podmioty oddają do dyspozycji Wykonawcy swoje zasoby w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Zdaniem Zamawiającego, treść zobowiązania wykonawcy Z. C. K. „E. I." Sp. z o. o. dotyczy wyłącznie zarządzania i rozliczania inwestycji, a podmiot ten nie zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania.

Natomiast treść zobowiązania B. O. P. i P. I. K. „U." M. D. - zdaniem Zamawiającego - 3

---

obejmuje nadzór na etapie dokumentacji projektowej w branży energetycznej i elektrycznej, telekomunikacyjnej oraz sanitarnej, a nie obejmuje branży drogowej, czyli głównej części przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego, które doprowadziło do wykluczenia go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Przyznał, że zgodnie z pkt 7.7.3 ppkt 4) Instrukcji dla Wykonawców, w celu oceny, czy Wykonawca polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22 a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności, czy podmiot, na

zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizuję roboty budowlane lub usługi, których wykazane zdolności dotyczą.

Nie zakwestionował również faktu, iż w myśl postanowień pkt 7.7.4 Instrukcji dla Wykonawców, Zamawiający zastrzegł, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zdaniem Odwołującego - w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający błędnie założył (wbrew treści oferty Odwołującego), że nie będzie on dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego.

I. Dysponowanie przez Odwołującego zasobami Z. C. K. „E. I.'Sp. z o. o.

Jeżeli chodzi o pierwszy z podmiotów, w oparciu o zasoby, którego Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to – według Odwołującego - zarówno zobowiązanie wykonawcy Z. C. K. „E. I." Sp. z o. o. złożone w dniu 14 lutego 2017 r., jak i zobowiązanie złożone w dniu 28 lutego 2017 r. w ramach uzupełnienia oferty oraz wyjaśnienia Odwołującego, potwierdzają wprost, następujące okoliczności:

1) Z. C. K. „E. I.” Sp. z o. o. oddaje do dyspozycji Odwołującego swoje zdolności zawodowe w zakresie wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy budowie lub przebudowie 4

---

dróg klasy min. Z* o łącznej długości co najmniej 5 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny;

2) zasoby będą wykorzystywane przez Odwołującego poprzez doradztwo i konsultacje świadczone przez Z. C. K. „E. I.” Sp. z o. o. przy realizacji zamówienia w obszarze zarządzania i rozliczania inwestycji przy udziale dwóch specjalistów: ds. koordynacji i zarządzania projektem oraz ds. rozliczania inwestycji:

3) Z. C. K. „E. I.” Sp. z o. o. weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca świadcząc doradztwo i konsultacje przy realizacji zamówienia w obszarze zarządzania i rozliczania inwestycji przy udziale dwóch swoich specjalistów: ds. koordynacji i zarządzania projektem oraz ds. rozliczania inwestycji.

W ocenie Odwołującego - błędne rozumienie norm wynikających z art. 22a ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, doprowadziło Zamawiającego do wniosku, że świadczenie Z. C. K. „E. I.” Sp. z o. o. (doradztwo i konsultacje przy realizacji zamówienia w obszarze zarządzania i rozliczania inwestycji przy udziale dwóch swoich specjalistów: ds. koordynacji i zarządzania projektem oraz ds. rozliczania inwestycji) nie stanowi wykonywania usługi w rozumieniu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przez podmiot udostępniający zasoby.

W związku z tym zarzucił, że Zamawiający pominął okoliczność, iż podmiot ten zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia (jako podwykonawca) poprzez doradztwo i konsultacje w obszarze zarządzania i rozliczania nadzorowanej inwestycji, które można uznać za wykonywanie usługi w rozumieniu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przez podmiot udostępniający zasoby.

W opinii Odwołującego - ustawodawca nie narzucił podwykonawstwa jako wyłącznej formy współpracy pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim, przepis art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje bowiem na to, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca ta może, lecz nie musi, mieć charakter podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego.

Wskazał, że wykładnia przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nakazującego konieczność wykonania zamówienia (robót budowlanych lub usług) przez podmiot trzeci, w takim zakresie

w jakim udostępnione zdolności są wymagane do realizacji zamówienia, nie może łamać ogólnej zasady stwarzającej możliwości wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez Wykonawcę bez względu na charakter stosunków łączących strony - byleby wykorzystanie to 5

---

było realne - co należy obecnie rozumieć jako aktywny udział w realizacji zamówienia lecz w zakresie jakim udostępnione zdolności są wymagane przez Zamawiającego.

W kontekście powyższego zaznaczył, że koordynacja i zarządzanie projektem oraz rozliczanie inwestycji stanowi istotny element przedmiotu niniejszego zamówienia.

Przyznał, że faktycznie tego rodzaju usługi (w ramach szeroko zakreślonego nadzoru inwestorskiego) objęte są przedmiotem zamówienia, a w ramach zamówienia, Wykonawca będzie bowiem świadczył na rzecz Zamawiającego m.in. usługi zarządzania projektem i rozliczania inwestycji.

W opinii Odwołującego charakter tak stypizowanego świadczenia Wykonawcy (usługi) nie wyklucza udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia poprzez doradztwo i konsultacje w obszarze zarządzania projektem i rozliczania inwestycji.

Tego rodzaju podwykonawstwo wyartykułowane w ofercie Odwołującego – zdaniem Odwołującego - potwierdza, że rzeczywiście będzie on dysponował zdolnościami zawodowymi podmiotu trzeciego w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Podniósł, że jeżeli Z. C. K.„E. I.” Sp. z o. o. weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca świadcząc doradztwo i konsultacje przy realizacji zamówienia w obszarze zarządzania projektem i rozliczania inwestycji delegując w tym celu dwóch swoich specjalistów: ds. koordynacji i zarządzania projektem oraz ds. rozliczania inwestycji, to w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, to Odwołujący może skutecznie polegać na zdolnościach zawodowych ww. podmiotu w zakresie wymaganym w SIWZ.

Oświadczył, iż potencjał udostępniony Odwołującemu, na potrzeby realizacji zamówienia, rzeczywiście będzie mógł być przez niego wykorzystany.

Na marginesie wyjaśnił, że Odwołujący od dłuższego czasu, na różnych płaszczyznach współpracuje z Z. C. K. „E. I.” Sp. z o. o. Aktualnie ww. podmiot jest podwykonawcą Odwołującego w ramach dwóch zamówień, z których pierwsze realizowane jest od dnia 22 czerwca 2016 r., zaś drugie od dnia 17 marca 2017 r. (strony zawarły stosowną umowę regulującą warunki współpracy). Złożenie przez Odwołującego oferty w niniejszym postępowaniu (z zamiarem zaangażowania podmiotu trzeciego jako podwykonawcy) stanowi przejaw kontynuacji tej współpracy.

II. Dysponowanie przez Odwołującego zasobami B. O. P. i P. I. K. „U." M. D.

Podobnie jak w przypadku Z. C. K. „E. I.” Sp. z o. o., dokumenty i oświadczenia przedłożone Zamawiającemu w odniesieniu do B. O. P. i P. i. K. „L.” M. D., potwierdzają – według Odwołującego, że w toku realizacji zamówienia będzie polegał na zdolnościach zawodowych ww. podmiotu.

Wskazał, że z treści dokumentów i oświadczeń przedłożonych Zamawiającemu wynikają bowiem następujące okoliczności:

1) M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. O. P. i P. I. K. „L.” M. D. oddaje do dyspozycji Odwołującego swoje zdolności zawodowe w zakresie wykonania co najmniej dwóch dokumentacji projektowych składających się z projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy lub przebudowy drogi klasy Z* lub wyższej o łącznej długości min. 5 km);

2) zasoby będą wykorzystywane przez Odwołującego poprzez bieżące doradztwo i konsultacje świadczonej przez B. O. P. i P. I. K. „L.” M. D. przy realizowaniu zamówienia oraz nadzór na etapie dokumentacji projektowej w branży energetycznej i

elektrycznej, telekomunikacyjnej oraz sanitarnej;

3) B. O. P. i P. I. K. „L." M. D. weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca świadcząc bieżące doradztwo i konsultacje przy realizowaniu zamówienia oraz nadzór na etapie dokumentacji projektowej w branży energetycznej i elektrycznej, telekomunikacyjnej oraz sanitarnej.

Dodatkowo, zwrócił uwagę, że to jednak nie wyczerpuje ani sposobu wykorzystania zasobów B. O. P. i P. I. K. „L." M. D. przez Odwołującego, ani zakresu i okresu udziału ww. podmiotu przy realizacji zamówienia.

Wskazał przy tym, że zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Z treści ww. przepisu ustawy wynika – w ocenie Odwołującego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia jest tylko przykładowym, a nie jedynym źródłem, w oparciu o które zamawiający dokonuje oceny czy realizując zamówienie, wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. 7

Rozpatrując realność dysponowania zasobami B. O. P. i P. i. K. „L.” M. D. podkreślił, że oprócz zobowiązania ww. podmiotu przedłożonego Zamawiającemu w dniu 14 lutego 2017 r., zobowiązania złożonego w dniu 28 lutego 2017 r. w ramach uzupełnienia oferty oraz wyjaśnień Odwołującego, trzeba mieć na uwadze potencjał kadrowy Odwołującego.

Wskazał, że ocena dysponowania zasobami ww. podmiotu nie może następować w oderwaniu od potencjału kadrowego.

Zadeklarował, że składając ofertę w postępowaniu oświadczył, że dysponuje bezpośrednio osobą M. D., który to inżynier weźmie udział w realizacji zamówienia pełniąc funkcję Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych.

Zauważył, że w myśl postanowień pkt 7.6.2 ppkt 2 Instrukcji dla Wykonawców, minimalne doświadczenie dla Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych pokrywa się z opisanym w pkt 7.6.1 Instrukcji dla Wykonawców wymaganym od Wykonawcy doświadczeniem w zakresie wykonania dwóch dokumentacji projektowych składających się z projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy lub przebudowy drogi klasy Z* lub wyższej o łącznej długości min. 5 km.

Według Odwołującego, jeżeli M. D. będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako Weryfikator dokumentacji projektowej robót drogowych, to wynika z tego, że Odwołujący rzeczywiście będzie dysponował zdolnościami zawodowymi ww. podmiotu (B. O. P. i P. I. K. „L.” M. D.) w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie co do podwykonawstwa zawarte JEDZ oraz przedłożone przez niego zobowiązania podmiotów trzecich, jak również wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dowodzą, że Odwołujący zamierza wykonać zamówienie z wykorzystaniem zaplecza kadrowego i zawodowego podmiotów trzecich.

Zdaniem Odwołującego treść zobowiązań, jak i jego stanowisko wskazują, iż udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie ma charakter rzeczywisty, a nie pozorowany.

Z przekazanych Zamawiającemu dokumentów i oświadczeń wynika, że udział tych podmiotów w wykonaniu usług będzie miał charakter realny.

Argumentował, że zarówno Z. C. K. „E. I." Sp. z o. o. (świadcząc doradztwo i konsultacje przy realizacji zamówienia w obszarze zarządzania i rozliczania inwestycji przy udziale dwóch swoich specjalistów: ds. koordynacji i zarządzania projektem oraz ds. rozliczania inwestycji), jak również B. O. P. i P. I. K. „L." M. D. (pełniąc funkcję Weryfikatora dokumentacji projektowej robót drogowych) wezmą bowiem realny udział w wykonaniu usług, do realizacji których niezbędne są udostępnione przez ww. podmioty zasoby.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego z dnia 3 lutego 2017r.do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy Pzp, odpowiedzi Odwołującego z dnia 13 lutego 2017r. na powyższe wezwanie wraz z załącznikami, zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z dnia 20 kwietnia 2017r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 maja 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.22a ust.1, 2, 4, art.24 ust.1 pkt. 12 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w warunkach polegania na zdolnościach zawodowych podmiotu trzeciego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale I: Instrukcja dla Wykonawców(IDW) w pkt 7.6.1 SIWZ opisał zdolność zawodową Wykonawcy, wskazując, że wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 zamówienia odpowiadające swoim przedmiotem i wartością usługom będącym 9

---

przedmiotem niniejszego zamówienia, tzn.:

- wykonał 2 dokumentacje projektowe składające się z projektu budowlanego i wykonawczego dla budowy lub przebudowy drogi klasy Z* lub wyższej o łącznej długości min. 5 km,
- wykonał (zakończył) co najmniej dwa zamówienia polegające na pełnieniu nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przy budowie lub przebudowie dróg klasy min. Z* o łącznej długości co najmniej 5 km, w których w co najmniej jednym zamówieniu wystąpił przekrój uliczny.

* lub odpowiadających parametrom technicznym tej klasie drogi (droga w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych - tekst jednolity: Dz. U. 2016, poz. 1440; klasa drogi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie – tekst jednolity: Dz. U. 2016, poz. 124) – w przypadku doświadczenia nabytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

Nadto Izba stwierdziła, że w pkt 7.6.2. tego rozdziału Zamawiający unormował wymagania dotyczące zdolności zawodowa personelu Wykonawcy, postanawiając, że wykonawca musi wykazać, że w trakcie realizacji zamówienia dysponować będzie osobami legitymującymi się doświadczeniem i wykształceniem, określonymi w poniższej tabeli:

Lp.1 Funkcja: Inżynier kontraktu, Minimalne wykształcenie i doświadczenie:

1. Wykształcenie wyższe techniczne;
2. Zrealizował 2 zadania na stanowiskach Inżynier Kontraktu / zastępca Inżyniera Kontraktu / Inżynier Rezydent / zastępca Inżyniera Rezydenta / Koordynator Zespołu Nadzoru Inwestorskiego w ramach nadzoru inwestorskiego przy realizacji budowy / przebudowy / rozbudowy drogi klasy min. Z* doprowadzone do odbioru i rozliczenia końcowego robót budowlanych, w tym 1 zadanie o wartości robót co najmniej 15 000 000,00 zł netto.

Lp.2 Funkcja Weryfikator dokumentacji projektowej robót drogowych, Minimalne wykształcenie i doświadczenie:
1. Wykształcenie wyższe techniczne;
2. Wykonał jako projektant 2 dokumentacje projektowe składające się z projektu budowlanego i wykonawczego budowy / rozbudowy / przebudowy drogi klasy Z* lub wyższej, o łącznej długości min. 5 km.

Lp.3 Funkcja Inspektor nadzoru robót drogowych, Minimalne wykształcenie i 10

---

doświadczenie:
1. Wykształcenie wyższe techniczne;
2. Zrealizował 2 zadania na stanowisku Inspektora nadzoru branży drogowej / Kierownika Budowy / Kierownika Robót branży drogowej przy budowie / przebudowie / rozbudowie drogi klasy min. Z*, doprowadzone do odbioru Zarząd Dróg Wojewódzkich w G. (…) 9 Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia nad projektowaniem i realizacją robót w systemie zaprojektuj i wybuduj pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (…) na odcinku G. – węzeł autostrady (…) S.”. końcowego robót budowlanych, w tym 1 zadanie o wartości tych robót drogowych co najmniej 7 500 000,00 zł netto.

Lp.4 Funkcja Inspektor nadzoru robót sanitarnych, Minimalne wykształcenie i doświadczenie:
1. Wykształcenie wyższe techniczne;
2. Zrealizował 2 zadania na stanowisku Kierownika robót / Inspektora nadzoru robót sanitarnych w zakresie budowy / rozbudowy / przebudowy sieci i urządzeń sanitarnych.

Lp.5 Funkcja Weryfikator dokumentacji projektowej – technolog, Minimalne wykształcenie i doświadczenie:
1. Wykształcenie techniczne;
2. Posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w nadzorze naukowym z zakresu geotechniki lub doradztwie naukowo-technicznym w zakresie wzmacniania podłoża słabonośnego.

Lp.6 Funkcja Specjalista ds. materiałowych/ technolog, Minimalne wykształcenie i doświadczenie:
1. Wykształcenie techniczne;
2. Zrealizował 2 zadania jako Technolog / Inspektor ds. materiałowych przy budowie / rozbudowie / przebudowie drogi klasy min. Z*.

* lub odpowiadających parametrom technicznym tej klasie drogi (droga w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych - tekst jednolity: Dz. U. 2016, poz. 1440; klasa drogi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie – tekst jednolity: Dz. U. 2016, poz. 124) – w przypadku doświadczenia nabytego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.
**W przypadku, gdy kwoty określono w walucie innej, niż złoty polski Wykonawca przeliczy je na zł wg średniego kursu N. B. P. na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w 11

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W przypadku, gdy w dniu publikacji ogłoszenia NBP nie opublikował średnich kursów walut, należy przyjąć pierwszy opublikowany po tej dacie średni kurs NBP. Zamawiający nie dopuszcza możliwości przedstawienia tej samej osoby do pełnienia kilku funkcji (więcej niż jednej) z wymienionych w tabeli w poz. 1, 3.

Izba ustaliła również, że w pkt 7.7. powyższego rozdziału Zamawiający opisał wymagania w odniesieniu do Wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów.

W pkt 7.7.1. Zamawiający postanowił, że zgodnie z art. 22a ustawy Pzp, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W pkt 7.7.2. IDW Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W pkt 7.7.3. IDW Zamawiający pouczył wykonawców, że w celu oceny, czy Wykonawca polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22 a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności: Zarząd Dróg Wojewódzkich w G. (…) 10 Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z koordynacją i kontrolą rozliczenia nad projektowaniem i realizacją robót w systemie zaprojektuj i wybuduj pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku G. – węzeł autostrady A1 S.”. 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia publicznego; 4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wykazane zdolności dotyczą.

Zamawiający wskazał również w pkt 7.7.4. IDW, że oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja 12

---

finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

W pkt 7.7.5. IDW Zamawiający postanowił, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, a w pkt 7.7.6. IDW, że Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Izba ustaliła, że Odwołujący w swojej ofercie w całości oparł się zdolności zawodowej Z. C. K. „E. I.” Sp. z o. o. oraz Biura O. P. i P. I. K. „L.” M. D. w odniesieniu do deklarowanego doświadczenia tych podmiotów w formularzu JEDZ, co potwierdzają również zobowiązania tych podmiotów.

Rozpatrując przedmiotowa sprawę, w ocenie Izby Odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodowemu wynikającemu z dyspozycji przepisu art.22a ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Jednocześnie ocena Zamawiającego dokonana w trybie przepisu art.22a ust.3 ustawy Pzp czy udostępniona Odwołującemu przez wyżej wskazane podmioty zdolność zawodowa

pozwala na wykazanie przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, została – zdaniem Izby – dokonana prawidłowo.

Według zapatrywania Izby stan faktyczny przedmiotowej sprawy nie wskazuje, że powyższe podmioty zrealizują zamówienie publiczne w zakresie pełnego wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Stosownie do przepisu art.22a ust.4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 13

Należy wskazać, że w spornym zakresie Odwołujący posłużył się zobowiązaniem Z. C. K. „E. I." Sp. z o. o. z dnia 20 stycznia 2017r., gdzie podmiot ten wskazał, że zasoby będą wykorzystywane poprzez doradztwo i konsultacje przy realizowaniu zamówienia w obszarze zarządzania i rozliczania inwestycji udzielane na bieżąco przez dwóch jego specjalistów: ds. koordynacji i zarządzania projektem oraz ds. rozliczania inwestycji.

Izba dostrzegła również, że w drugim zobowiązaniu B. O. P. i P. I. K. „L." M. D. z dnia 20 stycznia 2017r., którym posłużył się Odwołujący, oświadczono, że zasoby będą wykorzystywane poprzez doradztwo i konsultacje przy realizowaniu zamówienia oraz nadzór na etapie dokumentacji projektowej w branży energetycznej i elektrycznej, telekomunikacyjnej oraz sanitarnej.

Według zapatrywania Izby powyższe zobowiązania nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunku doświadczenia i zdolności zawodowej, bowiem podmioty te ograniczyły w tych zobowiązaniach zakres zadeklarowanego podwykonawstwa w sposób nieodpowiadający doświadczeniu niezbędnemu do realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszym przypadku brak jest zobowiązania do pełnienia nadzoru inwestorskiego, a jest wskazana jedynie realizacja poprzez doradztwo i konsultacje w obszarze zarządzania i rozliczania inwestycji, co znacznie zawęża konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia doświadczenie.

W drugim przypadku, to ograniczenie udostępnionego doświadczenia przejawia się w zobowiązaniu do nadzoru na etapie dokumentacji projektowej w branży energetycznej i elektrycznej, telekomunikacyjnej oraz sanitarnej, z pominięciem zdolności zawodowej odnoszącej się do branży drogowej, stanowiącej podstawowy zakres przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, Izba stanęła na stanowisku, że zlecenie tym podmiotom podwykonawstwa w zakresie jedynie 3% nie zapewni należytego wykonania kontraktu.

W związku z powyższym Zamawiający miał podstawy do uznania braku wykazania się przez Odwołującego odpowiednim doświadczeniem przekazanym mu przez inne podmioty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie. 14

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……